

LIMITAÇÕES AO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

Algomiro Carvalho Neto

RESUMO

A partir da conceituação de *poder de cautela*, o autor apresenta elementos da legislação brasileira que o preveem, bem como as limitações que os juízes devem estabelecer para limitá-lo.

INTRODUÇÃO

"Há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional e nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento"¹

O processo cautelar é aquele que visa proteger a eficácia da tutela jurisdicional. É um meio que busca garantir uma situação provisória para os interesses dos litigantes. Não visa a composição da lide, mas a garantia e a segurança do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades do processo principal. Ele não satisfaz direito, ele apenas garante a eficácia e a utilidade do processo principal.

Urge esclarecer que o legislador não poderia prever todas as espécies de medidas cautelares existentes. Não apenas porque o Direito está em constantes mudanças, mas porque seria totalmente inviável citar todas as espécies de medidas cautelares e para cada qual dispor um procedimento especial.

Desta forma, em seus artigos 798 e 799, o legislador concedeu ao juiz a autonomia para deferir tutelas inominadas, ou seja, aquelas não arroladas pelo Código e sem um procedimento especial. É um meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e a utilidade do processo principal.

Há que se ressaltar que tanto as medidas típicas quanto as atípicas tem a mesma natureza jurídica, ambas necessitam do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**.

Assim sendo, o legislador confiou ao juiz o poder para ordenar medidas provisórias que julgar adequadas a eficiência do processo principal. A este poder convencionou-se chamar **Poder Geral de Cautela**, tipificados nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil.

Embora o legislador confiasse na imparcialidade do magistrado, estabeleceu limites a este poder. Por mais que o legislador não pormenorizasse tais situações de perigo, traçou pressupostos genéricos a delimitar a sua atuação, de modo que se trata de um poder amplo, geral, indeterminado, mas nem por isso ilimitado ou arbitrário.

2. Poder geral de cautela

“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e de difícil reparação”¹

Com este dispositivo, segundo **Humberto Theodoro Júnior**¹, “o novo Código realçou a existência de um poder geral de cautela conferido ao juiz, poder esse que já se admitia implicitamente no art. 675 do Código revogado, mas que a jurisprudência relutava em admitir em toda sua extensão”.

Como o objetivo da lei consiste em coibir qualquer situação de perigo à eficácia do processo principal, o artigo 798 estabelece que cabe ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave ou difícil reparação.

Tais medidas provisórias atípicas podem ser decretadas a requerimento da parte, no exercício do direito de ação, ou pelo próprio juiz, **ex officio**, havendo grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto a esta última possibilidade.

Entrementes, há que se reconhecer a possibilidade de concessão **ex officio** da medida, principalmente quanto está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei.

Há, destarte, além das medidas cautelares definidas e reguladas pelo legislador, medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei. A existência desse poder geral de cautela é consequência da impossibilidade de se tipificar todos os perigos de dano possíveis e todas as medidas necessárias a evitar a ocorrência desses danos. O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional.

A referência do artigo 799 do Código de Processo Civil a várias espécies de providências que o juiz pode tomar é meramente exemplificativa, e não exaustiva. Se o fosse, desfiguraria a própria natureza e função do poder geral de cautela, que consiste em permitir que o juiz adote qualquer providência necessária para impedir uma situação de perigo não prevista pelo legislador.

A diferença, portanto, entre as medidas assecuratórias nominadas e as inominadas reside unicamente na previsão do legislador quanto ao remédio jurídico adequado para determinada situação fática.

Nas medidas nominadas, a lei prevê o fato ou conjunto de fatos que dão ensejo à outorga da medida.

Já nas medidas inominadas, a lei estabelece pressupostos genéricos comuns a todas elas, devido à impossibilidade de previsão de todas as hipóteses fáticas merecedoras de proteção cautelar. Assim, qualquer situação de fato que se revista dos elementos previstos pelo artigo 798 do CPC dará ensejo à medida cautelar necessária para evitar o risco temido.

Vale lembrar, nesta oportunidade, a nova disposição inserida no Código de Processo Civil pela Lei 10.444/02:

“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”¹

Tal disposição acentua ainda mais o poder geral de cautela do juiz, ao autorizar a concessão de medida cautelar quando a parte, embora postulando a antecipação da tutela, solicite providência de natureza cautelar, dê que presentes os respectivos pressupostos que autorizem a concessão da medida.

3. Necessidade e utilidade do poder geral de cautela

Um dos grande males do processo é o tempo, que da mesma forma que é indispensável ao juiz para que conheça os fatos é indispensável para a garantia dos princípios processuais da ampla defesa e da igualdade das partes, mas é responsável pela demora na entrega da tutela jurisdicional, quando então concorre para que ocorra injustiça.

Por isso, a ciência processual tem significativa preocupação com o tempo na solução dos litígios, determinando a retroatividade da eficácia da tutela, devendo a sentença ser aplicada levando-se em conta o momento de proposição da ação e até antes, quando da ocorrência dos fatos causadores do litígio.

Destarte, o Código de Processo Civil estabelece, em seus artigos 797, 798, 799 e 804 poderes para que o Juiz possa determinar as medidas que entender necessárias e adequadas para garantia de que as partes não sofram lesão aos seus direitos antes do julgamento definitivo da lide

Com essas disposições, o Código colocou à disposição do juiz, além das tutelas cautelares específicas, uma tutela cautelar genérica, denominada tutela cautelar inominada ou atípica.

Esse poder deferido ao Juiz, de poder deferir qualquer medida acautelatória, tendo em vista a situação de cada caso, é um poder essencialmente discricionário, considerando a oportunidade e a conveniência de sua adoção, denominado pela doutrina, conforme exposto alhures, como Poder Geral de Cautela do Juiz.

Galeno Lacerda¹ considera tal atribuição como a mais importante e delicada atribuição confiada à magistratura e afirma, citando **Curet**, "**uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite**" (*De la Jurisdiction des Référés*, I, Paris, 1907, pág. 1).

E assevera o mesmo doutrinador, que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do impérium, decretava os interdicta".¹

4. Limitações ao poder geral de cautela do juiz

Para se conceder medida inominada em lugar de medida nominada deve-se analisar duas categorias de pressupostos: os comuns ou genéricos (**fumus boni iuris** e **periculum in mora**), que são cabíveis a todas as provisões do gênero, e os próprios ou específicos, no caso das inominadas a coordenação da cautela ao processo principal, reversibilidade jurídica do provimento cautelar e eficácia preponderantemente mandamental da sentença cautelar de procedência.

Se o juiz verificar ausente a aparência de um direito ou inverossímil o risco alegado, estará descaracterizada a cautelaridade em qualquer caso. Mas, se presentes tais requisitos genéricos, faltar a uma medida específica um ou mais elementos apontados pela lei ao seu deferimento, parece evidente que a providência (específica) não poderá ser concedida.

Contudo, isto não impede a concessão de outra medida, de caráter inominado, se atendidos os requisitos genéricos e que alcance resultado idêntico ou semelhante àquela outra. Afinal, o processo existe para ser prático e efetivo e seria deveras lamentável que não lograsse atingir seus objetivos por simples apego ao formalismo.

Para **Humberto Theodoro Júnior**, se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, não é, porém, ilimitado e arbitrário.

Colhe-se da lição do conceituado doutrinador:

A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

Por outro lado, como bem adverte LOPES DA COSTA, ‘a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória’.

Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

Dessa forma, não é lícito ao juiz, no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, sob condição de posterior reposição, caso ocorra sucumbência na ação principal: ‘assim, não se pode ordenar o cancelamento de uma hipoteca, a entrega de coisa, por força de compra e venda; nas questões oriundas da locação, a entrega da coisa ou o despejo’.

‘A medida’ – outrossim, - ‘deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar. Providências a que o requerente, mesmo que vencesse na causa principal, não teria direito, não lhe podem ser concedidas. Se, por exemplo, tem ele direito de uso comum, este não pode ser garantido com uma medida que conceda uso exclusivo. Não se concede, finalmente, medida preventiva que se não possa aplicar em execução de sentença em ação satisfativa. Por exemplo, o restabelecimento da vida conjugal; a prestação de serviço; a prisão, para obrigar a exibição de bens para arresto’.

Por último, não se admite que a pretexto de medida provisória atípica, seja pretendida a suspensão de eficácia ou de executividade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Isto feriria o princípio que impede o juiz de decidir novamente as questões já decididas e ofenderia a garantia de intangibilidade da coisa julgada.”¹

5. Conclusão

Portanto, são limites ao poder geral de cautela do juiz:

- não pode antecipar decisão sobre a lide principal;
- não é dado a juiz conceder um bem superior ou de outra natureza;
- é inaceitável a concessão de uma medida cautelar que se revele impraticável na execução da ação principal;
- não é incondicional, prende-se às mesmas condições da tutela cautelar típica;
- o Direito Material há que preexistir - o **fumus boni iuris** -, além do risco de prejuízo em razão da demora - o **periculum in mora**;
- não se pode decretar segurança atípica, quando contar com a segurança típica;
- não se admite tutela cautelar para suspender eficácia de decisão judicial.

Por fim, vale ressaltar que os Magistrados têm um amplo poder para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, sendo necessário que utilizem esse poder nos exatos termos expressos por Candido Rangel Dinamarco: “uma arma poderosa contra os males corrosivos do tempo no processo”.

ABSTRACT

BIBLIOGRAFIA

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, VIII Vol , Tomo I, 2^a Edição.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson e **ANDRADE NERY**, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 16^a ed., Leud.